

S. 230 / Nr. 43 Obligationenrecht (d)

BGE 78 II 230

43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Juni 1952 i. S. F. Hoffmann-La Roche & Co. A.-G. gegen Warnat.

Regeste:

Dienstvertrag, Konkurrenzverbot, Art. 356 ff. OR.

Zulässigkeit der Vereinbarung eines entgeltlichen Konkurrenz -verbots mit Befugnis des Dienstherrn, sich durch Verzicht auf die weitere Einhaltung des Verbots von der Pflicht zur Weiterzahlung des Entgelts zu befreien.

Unzulässigkeit analoger Anwendung des Verbots ungleicher Kündigungsfristen (Art. 347 Abs. 3 OR) auf das Konkurrenzverbot (Erw. 2).

Unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Dienstpflichtigen wegen zu kurzer Kündigungsfrist des Konkurrenzverbots? (Erw. 3).

Contrat de travail, interdiction de faire concurrence, art. 356 ss. CO. Est valable la clause qui, moyennant rétribution, interdit à l'employé de faire concurrence et réserve à l'employeur le droit de se libérer de la rétribution en renonçant à l'interdiction pour l'avenir.

On ne peut appliquer par analogie à l'interdiction de faire concurrence

Seite: 231

l'interdiction de convenir de délais de congé différents pour les deux Parties (art. 347 al. 3 CO) (consid. 2).

Atteinte inéquitable portée à l'avenir économique de l'employé par l'insuffisance du délai fixé pour dénoncer l'interdiction de faire concurrence? (consid. 3).

Contratto di lavoro, diretto di concorrenza, art. 356 e seg. CO.

È valevole la clausola che, mediante remunerazione, vieta all'impiegato di far concorrenza e riserva al padrone il diritto di liberarsi dalla remunerazione rinunciando al divieto per l'avvenire.

Non si può applicare per analogia al divieto di concorrenza il divieto di stipulare termini di disdetta diversi per le due parti (art. 347, cp. 3 CO) (consid. 2).

Aggravamento non equo dell'avvenire economico dell'impiegato a motivo dell'insufficiente termine stabilito per disdire il divieto di concorrenza? (consid. 3).

A. - Der Kläger Warnat war von 1928 an als Chemiker bei der Beklagten F. Hoffmann-La Roche & Co. A. -G. in Stellung. Gemäss § 5 des Dienstvertrages war das Anstellungsverhältnis beidseitig auf 3 Monate kündbar. § 7 des Vertrages enthielt ein Konkurrenzverbot zu Lasten des Dienstpflichtigen, das im Einzelnen wie folgt ausgestaltet war:

Die Dauer des Konkurrenzverbotes wurde auf 3 Jahre festgesetzt. Spätestens bei Beendigung des Dienstverhältnisses hatte der Arbeitgeber zu erklären, ob er auf der Karenzverpflichtung beharre oder darauf ganz oder teilweise verzichte (Abs. 1). Während der Dauer der Karenzverpflichtung hatte die Firma als Entschädigung das zuletzt bezogene Jahresgehalt weiter zu entrichten (Abs. 4). Jedoch sollte die Firma berechtigt sein, auch nach dem in Abs. 1 bezeichneten Termin auf die Einhaltung der totalen oder teilweisen Karenzzeit zu verzichten; in diesem Falle sollte dem Angestellten der Anspruch auf die Karenzentschädigung noch für die Dauer eines Vierteljahres vom Empfang der Verzichtserklärung an zustehen (Abs. 6). Einkommen des Angestellten aus einer von der Konkurrenzklause nicht betroffenen Tätigkeit sollte auf die Karenzentschädigung angerechnet werden (Abs. 8).

B. - Mit Schreiben vom 22. Oktober 1948 kündigte die Beklagte dem Kläger auf den 31. Januar 1949 und

Seite: 232

erklärte, sie halte an der Karenzverpflichtung gemäss § 7 des Anstellungsvertrages im vollen Umfange fest. Demgemäss zahlte sie dem Kläger den zuletzt bezogenen Gehalt von Fr. 2478.- im Monat zunächst noch weiter aus. Am 20. Dezember 1949 teilte sie dann jedoch dem Kläger mit, dass sie mit Wirkung ab 1. Januar 1950 auf die Einhaltung der Karenz verzichte.

Der Kläger bestritt mit Schreiben vom 23. Januar 1950 die Zulässigkeit eines solchen nachträglichen Verzichts, nachdem die Beklagte sich einmal für die uneingeschränkte Einhaltung der Karenzverpflichtung entschieden habe.

Die Beklagte hielt am gegenteiligen Standpunkt fest und stellte mit dem 31. März 1950 die Auszahlung der Karenzentschädigung ein.

C. - Mit Klage vom 24. August 1950 belangte der Kläger die Beklagte auf Bezahlung der seit Ende

März 1950 aufgelaufenen 4 Karenzentschädigungsraten von Fr. 9912.- nebst Zinsen.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

D. - Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt wies mit Urteil vom 12. März 1951 die Klage ab. Es nahm an, der Vertrag räume zwar der Beklagten das Recht ein, auch nachträglich auf die Karenzverpflichtung des Klägers zu verzichten und sich nach Ablauf von drei Monaten seit der Verzichtserklärung von der Pflicht zur Zahlung der Karenzentschädigung zu befreien. Dagegen erachtete es die vorgesehene einseitige Kündigungsmöglichkeit zu Gunsten des Dienstherrn als unvereinbar mit dem in Art. 347 Abs. 3 OR aufgestellten, angesichts des engen Zusammenhangs mit dem Dienstverhältnis auch für die Karenzverpflichtung geltenden Verbot ungleicher Kündigungsfristen zu Lasten des Angestellten. Dem Dienstpflichtigen sei daher ebenfalls die Befugnis zur Kündigung der Karenzverpflichtung auf 3 Monate zuzuerkennen. Unter dieser Voraussetzung sei aber der Verzicht der Beklagten zulässig, so dass der Kläger keinen Anspruch auf Weiterzahlung der Entschädigung habe.

Seite: 233

E. - Das Appellationsgericht Basel-Stadt dagegen schützte die Klage mit Urteil vom 23. November 1951. Es pflichtete hinsichtlich der Auslegung des Wortlauts des Vertrages der Auffassung der 1. Instanz bei. Im übrigen ging es davon aus, dass ein entgeltlicher Karenzvertrag der vorliegenden Art nicht allein nach den in Art. 356 ff. OR enthaltenen Vorschriften über das nur den Angestellten belastende Konkurrenzverbot zu beurteilen sei. Ob das dadurch begründete zweiseitige Verhältnis ähnlich wie die Rechtsbeziehung aus Pensionierung als Fortsetzung des Dienstvertrags, als dienstvertragsähnliches Verhältnis oder als Vertrag sui generis zu betrachten sei, liess das Gericht offen, da auf jeden Fall wegen Gleichheit der ratio eine analoge Anwendung von Art. 347 Abs. 3 OR sich aufdränge. Im Gegensatz zur 1. Instanz folgerte das Appellationsgericht aus der analogen Anwendbarkeit von Art. 347 Abs. 3 OR nicht, dass der Vertrag durch ein entsprechendes Kündigungsrecht des Angestellten zu ergänzen sei. Es kam vielmehr zum Schluss, die Kündigungsklausel sei auf Grund der Vorschriften über die Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR) zu streichen, so dass es bei der primär vorgesehenen Dauer des Konkurrenzverbots mit entsprechender Entschädigungspflicht der Beklagten von drei Jahren bleibe.

F. - Gegen das Urteil des Appellationsgerichts ergriff die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht mit dem erneuten Antrag auf Klageabweisung.

Der Kläger trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Wie beide Vorinstanzen zutreffend angenommen haben und der Kläger selber nicht mehr ernstlich bestreitet, will § 7 Abs. 6 des Dienstvertrages der Parteien den nachträglichen Verzicht der Beklagten auf eine zunächst beanspruchte Konkurrenzenthaltung erlauben. Dagegen fragt sich, ob ein solcher nachträglicher Verzicht nach Gesetz zulässig sei.

Seite: 234

2. a) Bei der Beurteilung dieser Frage ist davon auszugehen, dass die Bestimmungen der Art. 356-360 OR über das mit der Beendigung eines Dienstverhältnisses einsetzende Konkurrenzverbot grundsätzlich auf alle Konkurrenzverbote dieser Art, auf unentgeltliche wie auf entgeltliche, anwendbar sind. Jedes im Rahmen eines Dienstverhältnisses vereinbarte Konkurrenzverbot ist daher nur zulässig, wenn der Dienstnehmer während des Dienstverhältnisses Einblick in Geschäftsgeheimnisse oder Kundenkreise des Dienstherrn erlangt hat und wenn dieser Einblick die Möglichkeit erheblicher Schädigung des Dienstherrn vermittelt (Art. 356 OR). Ebenso ist auch das entgeltliche Konkurrenzverbot nur im Umfang einer nach Zeit, Ort und Gegenstand angemessenen Begrenzung verbindlich, durch die eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Dienstpflichtigen ausgeschlossen wird (Art.:357 OR). Dagegen kann der Umstand, dass der Dienstherr für die Konkurrenzenthaltung ein Entgelt zu entrichten hat, von Bedeutung sein bei der Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen einer unbilligen Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Dienstpflichtigen. Immerhin könnte ein Konkurrenzverbot von unbegrenzt er Dauer selbst bei Weiterzahlung des vollen Gehalts nicht als zulässig erachtet werden denn ein solches Verbot liefe auf eine Verwehrung der Berufsausübung hinaus und verstiesse gegen den Grundgedanken von Art. 27 ZGB, wonach niemand in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade auf seine persönliche Freiheit verzichten kann.

b) Die Vorinstanz glaubt nun, dass die Vorschriften von Art. 356 ff. OR für das entgeltliche Konkurrenzverbot nicht ausreichen. Sie erblickt in einem solchen, nach dem Vorbild der Sonderbestimmungen des deutschen HGB § 74 f. über die Wettbewerbsklausel für Handlungsgehilfen, einen besonderen Karenzvertrag. Bei dessen rechtlicher Beurteilung neigt die Vorinstanz dazu, ihn ähnlich wie die Rechtsbeziehungen aus Pensionierung geradezu als Fortsetzung

Seite: 235

des Dienstvertrages oder doch wenigstens als dienstvertragsähnliches Verhältnis aufzufassen. Dem kann jedoch nicht beigestimmt werden. Mit einer Pensionierung hat ein Konkurrenzverbot - und ein solches ist ein Karenzvertrag trotz der Entgeltlichkeit - nichts zu tun. Er ist aber auch keine Fortsetzung des Dienstverhältnisses, sondern das genaue Gegenteil davon; das selbst dann, wenn die Entschädigung äusserlich gleich aussieht wie ein Gehalt aus Dienstvertrag. Für einen solchen ist wesentlich die Verpflichtung zur Arbeitsleistung. Gerade das fehlt begriffsnotwendig dem als Konkurrenzverbot bezeichneten Rechtsverhältnis. Bei diesem handelt es sich gegenteils um eine Unterlassungspflicht. Träfe die Auffassung der Vorinstanz zu, so wären folgerichtig sowohl die sog. Konkurrenzhauptverträge (die unabhängig von jedem andern Vertrag geschlossen werden) als auch die Konkurrenzkláuseln bei andern Vertragsarten (z. B. bei Kauf, Miete, Pacht, Gesellschaft) als Dienstverträge oder mindestens gemäss der Annahme der Vorinstanz als dienstvertragsähnliche Verhältnisse zu bezeichnen. Das wäre aber gewiss unhaltbar. Ein Konkurrenzverbot für den ehemaligen Dienstnehmer ist auch deshalb kein Dienstvertrag, weil dieser ja durch Kündigung beendet oder wegen Befristung abgelaufen ist. Das mit der Beendigung des Dienstvertrages entstehende Rechtsverhältnis «Konkurrenzverbot» hat auch nichts zu tun mit dem Fall der Verweigerung der Annahme der Dienstleistung bei Fortzahlung des Lohnes gemäss Art. 332 OR. Das Konkurrenzverbot, gleichgültig ob entgeltlich oder unentgeltlich, ist weder eine Fortsetzung des Dienstvertrages, noch ein dienstvertragsähnliches Verhältnis, sondern ein Vertragsverhältnis eigener Art.

c) Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass auch bei dieser letzteren rechtlichen Qualifikation des Geschäftes mit Rücksicht auf seine «wesentlich zweiseitige Ausgestaltung») die analoge Anwendung des Art. 347 Abs. 3 OR (das sog. Verbot ungleicher Kündigungsfristen) «wegen Gleichheit der ratio» geboten sei.

Seite: 236

Zur Begründung dieses Standpunktes verweist die Vorinstanz u.a. auf die in § 75 a und § 75 d DHGB getroffene Regelung. Diese Bezugnahme auf das deutsche Recht ist jedoch unbehelflich. Die genannten Vorschriften gelten nur für Handlungsgehilfen, also für kaufmännische Angestellte; für alle andern Angestellten, wie z.B. technische Angestellte, Chemiker usw. haben sie keine Geltung. Sie enthalten auch keinen allgemeinen Rechtsgedanken, der ihre Anwendung auf alle wirtschaftlich Schwächeren rechtfertigen würde, sondern sind ausgesprochene Sondervorschriften (BAUMBACH-DUDEN, DHGB, 1951, Vorbem. 1 zu §§ 74 und 75). Um so weniger kann ihre Übertragung auf das hier massgebende schweizerische Recht in Betracht kommen.

Was die Vorinstanz aber im übrigen zur Stützung ihrer Ansicht vorbringt, bedürfte - sofern es überhaupt entscheidend wäre - der kritischen Überprüfung. So ist es z.B. nicht richtig, dass der aus entgeltlichem Konkurrenzverbot Verpflichtete seine Arbeitskraft den Interessen des Berechtigten zu reservieren hat. Der Verpflichtete kann jede ausserhalb des Verbots liegende Tätigkeit ausüben; hievon macht er auch regelmässig Gebrauch, weil er das zum Lebensunterhalt Nötige verdienen muss, da der Fall der vollen Weiterausrichtung des bisherigen Lohnes immerhin selten sein dürfte, oder weil er es überhaupt vorzieht zu arbeiten, statt sich dem Müssiggang hinzugeben. Auf jeden Fall lässt sich mit derart allgemeinen Wendungen ein Nichtstun nicht in eine dienstvertragliche Dienstleistung umdeuten. Nach dem Vertrag der Parteien kann übrigens der unter dem Konkurrenzverbot Stehende andere Arbeit annehmen. Ist doch in § 7 Abs. 8 der Fall vorgesehen, dass der Kläger eine durch die Konkurrenzkláusel nicht betroffene Stelle annimmt oder eine konkurrenzfreie, anderweitige gewinnbringende Tätigkeit ausübt, und in diesem Falle muss er diesen anderweitigen Erwerb sich auf die Karenzentschädigung anrechnen lassen.

Übertrieben ist es auch, zu sagen, das Konkurrenzverbot

Seite: 237

ergreife bei Karenzverträgen «die ganze Person einer Partei», und diese habe zur Erfüllung ihrer Verpflichtung «ihre ganze Lebensweise entsprechend einzurichten». Hiezu ist aber auch manch anderer Dienstnehmer genötigt, ohne dafür eine besondere Entschädigung zu erhalten, wie z.B. der Pächter, oft genug auch der Unternehmer, vor allem aber zahlreiche kaufmännische Angestellte der verschiedensten Stufen.

Wer sich sodann während des Laufs eines Konkurrenzverbots von langer Dauer beruflich umgestellt hat, wird bei vorzeitigem Dahinfallen desselben sich überlegen, was für ihn vorteilhafter ist, die Fortsetzung der neuen oder die Rückkehr zur bisher untersagten früheren Tätigkeit.

Aber selbst wenn es sich wirklich so verhielte, wie die Vorinstanz annimmt, so wäre das alles für das hier in Frage stehende Problem nicht entscheidend und vermöchte die analoge Anwendung von Art. 347 Abs. 3 OR nicht zu rechtfertigen. Die Vorinstanz lässt nämlich ausser Acht, dass der in dieser Bestimmung (wie auch in Art. 418 q Abs. 3 OR und Art. 21 Abs. 2 Fabr-Ges.) niedergelegte

Grundsatz der Gleichheit der dienstvertraglichen Kündigungsfrist (oder richtiger: das Verbot kürzerer Kündigungsfristen zu Gunsten des Dienstherrn) eine Vorschrift zum Schutz des noch im Dienstverhältnis stehenden Arbeitnehmers ist, eine das Bestehen des Anstellungsverhältnisses sichernde Massnahme, getroffen mit Rücksicht auf die bei Eingehung des Dienstvertrags bestehende wirtschaftliche Abhängigkeit und Unterlegenheit des Arbeitnehmers, so weit sich diese auf die Verabredungen über die Beendigung des Vertragsverhältnisses auswirkt. Etwas anderes dagegen ist der Schutz des Dienstnehmers gegen aufgedrängte oder unbedacht eingegangene Konkurrenzverbote für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses. Hiefür besteht ein eigenes, dem Zweck angepasstes System von Schutzmassnahmen zur Verhinderung von Konkurrenzklauseln, welche eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen

Seite: 238

Fortkommens des Dienstpflichtigen darstellen würden. Das ist der Sinn und der Zweck der Vorschriften der Art. 356-360 OR. Und diese Vorschriften haben eindeutig zum Ziel, einerseits dem Dienstherrn die Möglichkeit zu häufig einfach unerlässlichen Konkurrenzklauseln zu geben, und andererseits den Dienstnehmer für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses vor unangemessenen, seine persönliche Freiheit und Existenzmöglichkeit ungebührlich beschränkenden Konkurrenzverboten zu bewahren.

Jeder der beiden Schutzzwecke - Kündigungsschutz beim bestehenden Dienstvertrag, Schutz des wirtschaftlichen Fortkommens des durch Konkurrenzverbot gebundenen ehemaligen Arbeitnehmers hat eine ihn eigene und angepasste Lösung erhalten. Es geht nicht an, die Schutzvorkehrungen auszuwechseln oder sie gar durch Verbindung zu verdoppeln. Es widerspricht der vom Gesetz getroffenen Ordnung, den Kündigungsschutz (in der besonderen Erscheinungsform von Art. 347 Abs. 3 OR) auf das ihm fremde Konkurrenzverbot zu übertragen. Ebenso widerspräche es dem Gesetz, wenn man die Grundgedanken des Arbeitnehmerschutzes z.B. aus Art. 357 OR auf das Kündigungsrecht übertragen und etwa in analoger Weise dem Richter gestatten wollte, die Kündigungsfristen oder Termine oder gar die Dauer eines befristeten laufenden Dienstvertrages nach dem Vorbild von Art. 357 OR so einzuschränken oder zu gestalten, dass eine unbillige Erschwerung der wirtschaftlichen Existenz oder des wirtschaftlichen Fortkommens des Dienstpflichtigen ausgeschlossen würde.

Die Frage der Zulässigkeit der vertraglichen Ausgestaltung eines mit der Beendigung des Dienstverhältnisses einsetzenden Konkurrenzverbotes ist daher nach den Sonderbestimmungen der Art. 356-360 OR und nach den allgemeinen, für alle Verträge geltenden Regeln zu beurteilen, unter Ausschluss der Sondervorschriften über laufende Dienstverträge, also insbesondere auch unter Ausschluss von Art. 347 Abs. 3 OR für eine allfällig vereinbarte

Seite: 239

Möglichkeit des Verzichts des Berechtigten auf das Konkurrenzverbot.

3.- a) Im vorliegenden Fall ist unbestritten und vom Kläger auch in der Berufung anerkannt worden, dass das streitige Konkurrenzverbot nicht etwa mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nichtig ist. Es verstösst weder gegen die guten Sitten, noch gegen das Recht der Persönlichkeit, und es wird vom Kläger auch unter keinem der in Art. 357 OR genannten Gesichtspunkte angefochten. Er wünscht sogar im Gegenteil, dass es bis zum letztmöglichen Zeitpunkt gelte. Beanstandet wird von ihm lediglich die in § 7 Abs. 6 des Vertrages eindeutig vereinbarte Befugnis der Beklagten, nachträglich auf das bereits laufende Konkurrenzverbot zu verzichten, in welchem Falle dem Kläger nach den getroffenen Vereinbarungen noch während drei Monaten der Anspruch auf die Karenzentschädigung zusteht. Ob eine solche Abrede zulässig ist, muss nach dem oben Ausgeführten unter dem Gesichtspunkt des Art. 357 OR geprüft werden, nämlich daraufhin, ob sie sich nicht als eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Verpflichteten auswirke.

b) Dabei erhebt sich zunächst die Frage, ob jegliche Verabredung einer Verzichtsmöglichkeit (Kündigung) zu Gunsten des ehemaligen Dienstherrn an sich schon als unbillige Erschwerung bezeichnet und darum ausgeschlossen werden müsse. Das ist mit Sicherheit zu verneinen beim unentgeltlichen Konkurrenzverbot; bei diesem kann der Berechtigte jederzeit auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots verzichten, da die dem ehemaligen Angestellten durch das Verbot auferlegte Beschränkung der Bewegungsfreiheit wegfällt, seine Stellung also dadurch erleichtert wird. Ebenso steht ausser Zweifel, dass beim entgeltlichen Konkurrenzverbot der daraus Berechtigte ohne entsprechende Vereinbarung nicht kündigen kann, weder fristlos noch unter Einhaltung einer Kündigungsfrist. Er kann auch nicht durch Verzicht auf das Verbot sich von der Pflicht zur Leistung des vereinbarten Entgelts befreien.

Seite: 240

Das eine wie das andere ergibt sich aus dem Wesen des entgeltlichen Konkurrenzverbots als eines zweiseitig verpflichtenden Vertrages.

Dagegen ist nicht einzusehen, weshalb es den Parteien verwehrt sein sollte, beim entgeltlichen Konkurrenzverbot zu Gunsten des ehemaligen Dienstherrn eine Kündigungsmöglichkeit vorzusehen, was bei jedem anderen gegenseitigen Vertrag gemäss dem das OR beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit (unter Vorbehalt allfälliger, hier jedoch nicht bestehender Sonderbestimmungen) zulässig ist. Es besteht vielmehr ein guter Grund, gerade beim entgeltlichen Konkurrenzverbot - in allen Fällen und auch bei dem nach Beendigung eines Dienstvertrags einsetzenden - eine solche vertraglich vereinbarte vorzeitige Beendigung zu gestatten. Das Konkurrenzverbot wird doch allgemein als eine Beschwerung des Dienstpflichtigen betrachtet. Eine vorzeitige Aufhebung desselben, welche die darin liegende Beschränkung in der Freiheit der Berufsausübung beseitigt, muss also in der Regel dem Verpflichteten willkommen sein. Wollte man mit der Vorinstanz eine Kündigung nicht zulassen, so würde dies dazu führen, dass eben kein Dienstherr mehr auf ein Verbot verzichtet, wenn er gleichwohl die Entschädigung bis zum Ende der vorgesehenen Höchstdauer bezahlen müsste. Damit wäre aber den Dienstpflichtigen nicht gedient.

Aber der Kläger und die Vorinstanz wenden ein, dass eine solche Kündigung eines laufenden, entgeltlichen Konkurrenzverbotes für den daraus Verpflichteten nachteilig sei, weil dieser sich zum vorneherein auf die Höchstdauer des Verbots eingestellt und vielleicht sogar beruflich umgestellt habe. Allein wenn die Möglichkeit vorzeitiger Aufhebung ausdrücklich vorgesehen ist, so darf der zur Konkurrenzenthaltung Verpflichtete sich nicht darauf verlassen, dass das Verbot bis zum Ablauf der vorgesehenen Höchstdauer aufrecht erhalten bleibe. Seine Lage unterscheidet sich in nichts von derjenigen des Dienstpflichtigen während des Bestehens des Anstellungsverhältnisses. Auch

Seite: 241

dieser muss in seinen Dispositionen stets mit der Möglichkeit einer Kündigung rechnen, soweit er nicht im Genuss eines für mehrere Jahre fest abgeschlossenen Anstellungsvertrages ist. Auch eine allfällige (hier übrigens nicht vorgenommene) berufliche Umstellung vermöchte die Zulässigkeit der Kündigung nicht zu beeinträchtigen. Erweist sich die Umstellung als vorteilhafter im Vergleich mit der Wiederaufnahme der nunmehr wieder gestatteten ursprünglichen Beschäftigung, so wird der Dienstpflichtige eben bei dieser neuen Tätigkeit bleiben im andern Fall wird er den Wegfall des Verbots zu seinem Vorteil ausnützen und wieder zur früheren Tätigkeit zurückkehren.

c) Eine unbillige Beschwerde des vom Konkurrenzverbot Betroffenen könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn die vorgesehene Kündigungsfrist zu kurz bemessen wäre, so dass er sich unvermittelt vor die Notwendigkeit gestellt sähe, infolge Wegfalls des bisherigen Einkommens aus der Karenzenschädigung eine begonnene, aber noch nicht fertig durchgeführte berufliche Umstellung plötzlich abzubrechen und raschestens eine Erwerbstätigkeit zu suchen. In solchem Falle könnte sich fragen, ob nicht Anlass bestünde, die so in Erscheinung tretende Beschwerde des Verpflichteten durch angemessene Erstreckung der Kündigungsfrist zu beheben, mit der Folge, dass die Entschädigungspflicht des Kündigenden (wenn es sich dabei wie hier um eine wiederkehrende Leistung handelt) noch bis zum Ablauf der erstreckten Frist weiterdauern würde.

Ob eine solche Erstreckung der Kündigungsfrist im Rahmen des Art. 357 OR rechtlich zulässig wäre, kann indessen im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, da eine derartige Massnahme nicht als geboten erschiene.

Der Vertrag der Parteien räumt der Beklagten das Recht ein, jederzeit auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots durch den Kläger zu verzichten, mit der Folge, dass der ehemalige Angestellte seine Bewegungsfreiheit sofort zurückgewinnt, aber noch während drei Monaten seit der

Seite: 242

Verzichtserklärung den Anspruch auf die Ausrichtung der Karenzenschädigung behält. Diese Regelung ist also für ihn noch günstiger, als wenn eine eigentliche Kündigungsfrist vorgesehen wäre, während welcher er noch an das Verbot gebunden bliebe. Die Beklagte hat nun am 20. Dezember 1949 mit Wirkung ab 1. Januar 1950 im vollen Umfang auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots durch den Kläger verzichtet und diesem noch bis Ende März 1950 die Karenzenschädigung ausbezahlt, wie der Vertrag dies für einen Fall dieser Art vorsah. Der Kläger hatte also noch gute drei Monate Zeit, sich über seine künftige berufliche Tätigkeit schlüssig zu machen. Die ihm zur Verfügung stehende Zeitspanne war genau gleich gross, wie er sie gehabt hätte, wenn die Beklagte schon bei der vertragsgemässen Kündigung des Dienstverhältnisses auf drei Monate ihn vom Konkurrenzverbot entbunden hätte, wozu sie nach § 7 Abs. 1 des Dienstvertrages berechtigt gewesen wäre. Aus welchem Grunde bei nachträglichem Verzicht der Beklagten die Frist von drei Monaten unzulänglich sein sollte, ist nicht einzusehen. Was im einen Falle zulässig ist, muss es auch im andern sein.

Die Vereinbarung der Möglichkeit des Verzichts auf das laufende Konkurrenzverbot verbunden mit der

Weiterzahlung der Entschädigung während drei Monaten bedeutet somit keine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Klägers im Sinne von Art. 357 OR. Das führt zur Abweisung der Klage.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgericht Basel-Stadt vom 23. November 1951 wird aufgehoben und die Klage wird abgewiesen